

DENTRO LA MODERNITÀ: DIRITTO LIQUIDO, POTERE SOLIDO

di Giovanni Messina*

1. Post-Modernità e Modernità liquida: due paradigmi per la scienza giuridica

Il tempo in cui viviamo è scandito dalle idee di post-Modernità e liquidità. Concetti con i quali si cerca di indicare i tratti prevalenti della vita contemporanea, sia sotto il profilo dell'esistenza individuale sia sotto quello dei processi collettivi. Disordine, incertezza, insicurezza, instabilità, precarietà, come sappiamo sono questi i caratteri (e i sentimenti) che comunemente vengono percepiti come proprii della nostra fase storica; caratteri che sembrano determinare prevalentemente la dimensione esistenziale individuale ma che vengono attribuiti anche alla sfera istituzionale, cioè alle istituzioni sociali. La causa prima di tale condizione è individuata, comunemente, nel relativismo etico, nel pluralismo valoriale e nella promiscuità culturale che contrassegnano le società del XXI secolo. La condizione post-moderna è la condizione nella quale l'assunto post-metafisico della filosofia europea è diventato concreto, seppure magari inconsapevole, stile di vita degli individui sociali ma al centro del dibattito teorico politico vi è l'incapacità, certo in parte connessa alla morale relativistica delle società pluralistiche, delle istituzioni politiche nell'espletare la funzione normativa e di governare la società.

Sebbene il pluralismo valoriale e l'etica individualistica che caratterizzano la cultura moderna siano al fondo della cresciuta complessità sociale, focalizzata da tempo come causa della crescente inefficacia delle strutture normative sociali e giuridiche in specie, l'ineffettualità degli ordinamenti giuridici nazionali è ricondotta alle trasformazioni economiche e politiche avvenute negli ultimi decenni che hanno determinato l'incremento della produzione giuridica extranazionale e avviato quella che viene definita anche "transnazionalizzazione" della normatività giuridica (Cassese 2006, Delmas-Marty 2007). La filosofia politica e la teoria del diritto utilizzano la categoria di post-modernità frequentemente proprio a proposito della crisi delle istituzioni statali e del sistema politico imperniato su di esse, riferendosi in maniera specifica alle trasformazioni delle istituzioni giuridiche

* Università degli Studi di Catania

causate dai processi di globalizzazione che hanno fatto saltare l'ordine giuridico su cui si è sviluppata l'intera vicenda moderna (Chevallier, 2008).

La messa in discussione della centralità normativa degli Stati e della connotazione territoriale della regolazione giuridica (cioè del suo ancoraggio in spazi definiti) inserisce pienamente la riflessione politica dentro il più vasto dibattito che impegna la sociologia degli ultimi quarant'anni sul significato delle intense trasformazioni sociali che hanno segnato le società umane e che ruota intorno alla comprensione dei caratteri della Modernità e alla opportunità di far rientrare entro essa l'esperienza contemporanea. Con le espressioni di "seconda Modernità" "tarda Modernità" "Modernità riflessiva" "Modernità liquida" e "post-Modernità" la teoria sociale ha cercato di inquadrare i fenomeni che contrassegnano un crescente disordine della vita sociale, che si connota nella sensibilità comune, prima ancora che nella analisi teorica, come diffusa instabilità e precarietà. Come si è detto, è il consolidarsi di una morale relativistica e, comunque, individualistica che causa un presupposto di instabilità sociale ma sono i cambiamenti sociali (economici, culturali) provocati dalla tecnologia informatica e comunicativa che hanno causato la crisi dell'ordine politico moderno (Giddens 1994). Per un verso, enfatizzando la dimensione individualistica delle relazioni sociali e producendo profonde innovazioni nelle dinamiche di identificazione culturale (di costruzione simbolica dell'identità), le quali sarebbero sfuggite alla sfera simbolica delle culture e delle istituzioni nazionali, potendosi dipanare su spazi globali per mezzo della scomparsa di barriere comunicative e la conseguente possibilità di relazione ben oltre i confini politici (Robertson 1992). Per altro verso, sono i cambiamenti sul terreno dei traffici economici resi possibili dalle nuove tecnologie cibernetiche e digitali che hanno messo rapidamente in difficoltà gli apparati politici nazionali, costretti nel giro di pochi anni a inseguire i flussi del mercato mondiale piuttosto che normarli e controllarli (Castells 1996-2000).

Il disordine e la contingenza, che costituiscono i fattori principali della fenomenologia appena riassunta, trovano certamente nell'idea di fluidità un'espressione, diremmo, plastica ed è certamente per questo che il termine coniato da Zygmunt Bauman (e con il quale l'ormai famosissimo intellettuale polacco ha contribuito al dibattito di questi anni) ha avuto tanta fortuna. L'efficacia del concetto di Bauman è riconducibile oltre che alla sua fruibilità estetica, cioè al fatto che è un'espressione semplice e allo stesso tempo suggestiva, diremmo evocativa, alla circostanza che sembra cogliere un connotato indiscutibile della nostra esistenza, quello della precarietà dell'esperienza quotidiana. Per la sensibilità comune è conclamato lo stato di incertezza, insicurezza, imprevedibilità dell'agire individuale e delle prospettive collettive. Siamo abituati a pensare che tutto ciò che ci circonda è

instabile, insicuro e passibile di cambiamenti che tendenzialmente sfuggono al nostro controllo. La liquidità è in Bauman soprattutto sinonimo di continuo cambiamento, che contraddistingue l'esperienza contemporanea, certo, ma in continuità con quello che egli individua come un fattore essenziale dell'epoca moderna (Bauman 2000). In questa tendenza al mutamento continuo, per Bauman, non c'è una novità rispetto alle logiche profonde della Modernità che consistono nella continua trasformazione degli assetti umani; riprendendo il ragionamento fatto qualche anno fa da Marshall Berman e che d'altra parte richiama le celeberrime pagine del manifesto di Marx ed Engels sulla furia innovatrice che per loro era propria della concezione del mondo che presiede alla macchina del capitalismo (Berman 1982).

Bauman definisce il tempo in cui viviamo "Modernità liquida", ritenendo che questa espressione sia più adeguata di quella di "post-Modernità" o di "seconda Modernità" o di "Modernità riflessiva" perché i tratti determinanti dell'attuale fase storica sono l'instabilità e la tendenza alla liquefazione di ogni assetto (individuale quanto collettivo) ma, nel sostenere che questo è l'elemento principale delle nostre vite, Bauman sottolinea che ci troviamo di fronte a una realizzazione estrema della Modernità e per questo ha abbandonato l'idea della post-Modernità che inizialmente aveva adoperato anche lui. Ci troviamo nella fase in cui i contenuti disgreganti della rappresentazione moderna del mondo sono giunti a compimento e rendono quindi quasi impossibile alle forze che hanno avuto la funzione di contenere la costitutiva dirompenza della cultura moderna riuscirci. Per questo, nella definizione di Bauman la società moderna, l'ordine rappresentativo del Moderno, si costituisce intorno al progetto di contenimento delle forze diasporiche e caotiche che vengono sprigionate dall'Epoca, determinata dal valore dell'emancipazione individuale e dal disfacimento dell'etica comunitarista e religiosa (Bauman 2002).

In questo contesto il diritto (lo Stato) assume una funzione fondamentale e strutturale perché è ad esso che spetta garantire il presupposto stabilizzante di un assetto dell'esistenza umana in cui gli orizzonti morali e culturali dominanti premono per il perseguimento di fini egoistici e per la disaffezione verso ogni obiettivo extrasoggettivo. In tale ricostruzione è implicata quindi la convinzione che il Moderno è stato un progetto di razionalizzazione, proprio per il potenziale disordine dirompente che portava nelle sue stesse logiche originarie. Per cui anche Bauman legge la Modernità come un'epoca delineata per secoli dal progetto di ordine, che però sarebbe ormai esploso perché giunti alla manifestazione estrema delle forze disgreganti della cultura moderna che rendono inefficaci le configurazioni spaziali con le quali si era contenuto il potenziale disordine (in questa conclusione vediamo una contiguità con il saggio di Alain Touraine, 1992). Per questo, la

posizione centrale della sfera giuridica nell'ordine esistenziale moderno, riconosciuta anche da Bauman, richiede ancor più che si comprenda in che termini sia possibile parlare di Modernità persistente se se ne celebra l'esito de-giuridicizzante oltre che de-statalizzante.

Per quanto appena riassunto, la metafora della liquidità ci pare, al pari delle espressioni "tarda Modernità" o "seconda Modernità", preferibile da adoperare per ragionare sulla situazione attuale, a differenza del concetto di post-Modernità, poiché riteniamo corretta la conclusione che i caratteri del tempo in cui viviamo siano ancora riconducibili al quadro simbolico e valoriale della Modernità. Pare infatti di poter dire che proprio gli sviluppi della regolazione giuridica negli ultimi decenni confermino una trama di fondo in continuità con le logiche profonde della Modernità politica e cioè la messa al centro, come scopo primario, della libera circolazione delle merci e dei capitali al fine di garantire la prevalenza dei dispositivi di accumulazione della ricchezza e di realizzazione di profitti monetari.

In realtà, piuttosto che proporre analisi definitive, pensiamo che le diverse teorie che affermano la persistenza della vicenda moderna colgano nel segno rispetto a uno scenario nel quale si stanno presentando in tutta la loro durezza (ma esibendo, forse, anche inedite possibilità positive) le contraddizioni della costruzione moderna dell'esistenza (sotto questo profilo alcuni elementi d'analisi utili possono venire dall'idea di Ulrich Beck che ci troviamo in una fase riflessiva della Modernità, in cui gli stessi elementi razionalizzanti vengono travolti dalle sue logiche distruttive). Per questo, è forse possibile in queste pagine suggerire una linea di riflessione, qui solo accennata, che evidenzia che l'esperienza giuridica attuale può essere compresa a fondo rilevando come essa continui a sviluppare un ordine simbolico, un ordine della realtà, centrato sul valore dell'individuo in quanto essere desiderante e calcolante (i cui bisogni è possibile soddisfare sul piano dell'acquisizione di beni materiali) e sul principio della necessità di un'istanza ordinante che funziona essenzialmente attraverso la violenza (lo schema originario del Leviatano). Sulla scorta di questa lettura, è possibile suggerire che un'effettiva fuoriuscita dall'esito cui è giunta l'epoca moderna potrebbe configurarsi attingendo alle stesse risorse della Modernità, la contingenza e l'artificialità dell'ordine sociale, recuperando quella dimensione pienamente democratica, contenuta anch'essa nel progetto moderno (Habermas 1992).

2. La struttura del diritto moderno e la fenomenologia contemporanea

L'ipotesi della continuità, tra le forme del diritto contemporaneo e quelle che hanno caratterizzato il percorso giuridico moderno, si basa sulla individuazione della struttura politico-giuridica della Modernità come ordine delle soggettività individuali naturalmente comunicanti tra loro sul piano del calcolo economico e dello scambio (commerciale) di beni (P. Barcellona 1994). Gli individui dell'ordine sociale moderno sono portatori di una libertà per la prima volta pensata come assoluta ma declinata, almeno sul piano della loro socialità, come facoltà di agire nella sfera del mercato e per questo il diritto, oltre che garantire sul piano generale (del diritto pubblico) la pace sociale, l'assenza di violenza diffusa, ha il compito di apprestare una trama di regole che consentano le relazioni tra attori individuali, in quanto attori economici (del diritto privato). Il diritto moderno, preminentemente diritto privato perché nella regolamentazione degli scambi patrimoniali il diritto svolge la propria funzione sociale nell'ordine della rappresentazione moderna (Marramao 1985; Galli 1988), si connota per essere un diritto essenzialmente procedurale, che fornisce agli individui procedure, canali formali, in cui far fluire le relazioni patrimoniali e così, quindi, il contenuto essenziale della libertà dei moderni: la possibilità di realizzarsi nella sfera dell'intraprendenza economica. Per questo il diritto moderno è definito nelle sue coordinate principali come un diritto formale/astratto e generale; perché l'astrattezza e la generalità sono il presupposto di norme giuridiche che ordinano la vita di relazione come luogo di incontro tra soggetti eguali nella loro potenzialità di soggetti dell'agire economico (P. Barcellona 1994). Liberi ed eguali proprio perché pensati a prescindere dalle proprie concezioni religiose e valoriali; che possono esser messe da parte, 'neutralizzate', solo espungendo dalla sfera del giuridico e dell'ordine politico la dimensione dei valori e della giustizia sostanziale. Per passare ad altro linguaggio, il diritto nella Modernità, per queste ragioni e per questi connotati, può esser definito come sistema normativo nomodinamico e differenziato dai sistemi normativi nomostatici (Kelsen 1960; Carrino 1992). Di questo nucleo politico, di questa matrice di senso del diritto moderno, riteniamo si possano rintracciare i segni nell'insieme della fenomenologia giuridica odierna, nonostante mutamenti e novità certamente intervenuti negli ultimi decenni, comunemente spiegati però, per l'appunto, come conseguenze dell'accresciuta interdipendenza sul piano dell'economia globale (Irti 2007).

Pur essendovi diversi elementi innovativi dello scenario giuridico, almeno rispetto alla maniera tradizionale in cui la scienza giuridica ha ricondotto il diritto essenzialmente all'autorità politica dello Stato e ha ricostruito gli

ordinamenti giuridici come piramidi di norme che è possibile configurare come tali per l'esistenza degli apparati amministrativi statali, buona parte di essi e in particolare quelle 'novità' che paiono più rilevanti e persistenti si prospettano come manifestazioni di un generale processo di arretramento della funzione politica (e dello stesso diritto, per certi versi, almeno se lo consideriamo come fenomeno politico) rispetto alle razionalità dell'economia e degli interessi che in essa si dipanano. A tale conclusione si arriva per esempio procedendo alla disamina di quelle attività che sono indicate dai giuristi come tra le più rilevanti espressioni dei mutamenti in corso e che rappresentano la cristallizzazione giuridica delle 'inarrestabili' tendenze globalizzanti di cui (come si è detto in un precedente scritto) sono espressione più generale le prassi della nuova *governance*, a cui queste manifestazioni giuridiche sono solitamente ricondotte (Ferrarese 2010; Messina 2012). Ci riferiamo al fenomeno delle *Authorities*, a quello della giurisdizionalizzazione crescente delle prassi giuridiche e al più evidente sintomo della globalizzazione giuridica, la nuova *lex mercatoria*. Ritorneremo brevemente su questi fenomeni. È essenziale ricordare che il dibattito sui caratteri della Modernità, sulla loro persistenza, sul loro superamento interroga la teoria politico-giuridica a partire da quei processi che mettono in discussione il dogma fondamentale del pensiero giuridico e dell'esperienza istituzionale degli ultimi secoli, la Sovranità statale, la territorialità del diritto e la strutturale statualità della normatività giuridica.

La riflessione su cui sono impegnate la teoria politica, la scienza giuridica, la sociologia da due decenni è provocata dalla crisi della statualità che si pone come problema urgente e dirompente in verità solo dopo il fatidico secondo '89 della storia europea. La svolta di fine ventesimo secolo, la fine della divisione in blocchi del mondo, porta con sé un'improvvisa messa in discussione della sovranità statale ma ciò avviene inizialmente sotto il profilo simbolico e dell'immaginario. Rapidamente si affermò la teoria della globalizzazione, che presentò il mondo come attraversato da potenti flussi di omogeneizzazione, resi possibili dalle tecnologie informatiche e dalle dinamiche economiche, non più frenate dalla politica del "Socialismo reale". Dal punto di vista giuridico-istituzionale il vero e proprio evento che mette in campo una effettiva revoca del principio giuridico della statualità è il Trattato di Maastricht (1992) che dà vita all'accelerazione della costruzione dello spazio politico europeo verso uno spazio internazionale federale, o sovranazionale. La messa in discussione della Sovranità dello Stato ancora oggi ci pare che sia stata esperita effettivamente solo nell'esperienza dell'Unione Europea e in forme più attinenti alla sfera della geopolitica, piuttosto che del diritto; cioè quelle delle relazioni tra Stati e istituzioni internazionali quali il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale.

Le azioni che queste istituzioni (finanziarie, non lo dimentichiamo) esercitano sugli ordinamenti giuridici nazionali possono esser affiancate, tutto sommato, a quelle che sull'autonomia delle politiche nazionali esercitano istituzioni come l'Organizzazione Mondiale del Commercio e simili che, per il loro corredo di strategie di ingerenza e pressioni lobbistiche, fanno parte della lotta geopolitica e, soprattutto, ci ricordano la riflessione di Stephen Krasner sulla vera natura del principio di Sovranità. Krasner sottolinea come anche il dogma della Sovranità faccia parte di quel vasto fenomeno di ipocrisia istituzionale che ammantava spesso le vicende politiche e che è necessario tener presente per accedere agli effettivi significati e processi che stanno dietro le formule del lessico politico e della diplomazia. La Sovranità è infatti una categoria cardinale per il pensiero politico e il gioco diplomatico ma è sempre stata effettivamente vigente solo per alcune realtà politiche a scapito di altre e, comunque, sempre relativa, poiché frutto dei rapporti di forza tra assemblaggi politico-amministrativi in concorrenza (Krasner 1999).

Queste considerazioni, sbrigative per ragioni di spazio ma che uno sguardo attento agli eventi storici ci pare renda difficilmente discutibili, puntano a evidenziare come il fondamentale nodo teorico della crisi della Sovranità sia meno realistico e dirompente di quanto affermato. Non meno rilevante è il fatto che nella misura in cui le istituzioni internazionali (non lo dimentichiamo, come per l'Unione Europea, la volontà politica di limitare la propria Sovranità continua a essere la causa originaria e reversibile della riduzione di autonomia dei governi nazionali) hanno capacità di 'direzione' degli ordinamenti giuridici statali esse si mostrano, almeno da tre decenni, come veicoli politici di meccanismi economici che gli Stati sono chiamati a osservare (Woods 2006; Burgos Silva 2009). Senza soffermarci sul punto, non possiamo non sottolineare che anche l'esperienza più effettiva di limitazione della Sovranità nazionale e di applicazione istituzionale della messa in discussione del principio dell'indipendenza degli ordinamenti giuridici, quella sperimentata nel processo di integrazione (giuridica) europea, si è sviluppata, già attraverso l'operato della giurisprudenza comunitaria attuatrice dei Trattati, come spazio istituzionale riservato, anzi finalizzato, al libero dispiegamento delle forze mercantili. Non si può trascurare che la costituzione formale dell'UE (i Trattati) e la costituzione materiale siano impennate sulla strumentalità all'economia di mercato (molto incisiva la nozione di cittadinanza liquida che La Torre dà alla cittadinanza europea nel contributo a questo volume; Cantaro 2004). La stessa cautela applicata alla tesi del tramonto della sovranità degli Stati riteniamo sia necessaria verso quelle forme di giuridicità globale (transnazionale/sovrnazionale?) che vengono individuate sia nelle reti costituite da al-

cuni organismi amministrativi internazionali (riconducibili all'ONU o ad alcune Convenzioni internazionali), che operano già un'attività di regolazione e coordinamento in alcuni campi specifici delle relazioni tra ordinamenti (Cassese 2009; Slaughter 2004) e soprattutto alla formazione di una giurisprudenza sovranazionale, costituita dal dialogo tra le corti internazionali e i tribunali nazionali. Questi fatti, cui si sono rivolti alcuni importanti studiosi del diritto, si pensi a Mirelle Delmas-Marty o Sabino Cassese, non esibiscono finora un profilo davvero significativo e paiono più che altro delle aspirazioni illuministiche della dottrina, smentite continuamente da una realtà dura a mettere in secondo piano gli strumenti brutali dell'azione militare e della geopolitica. Quantunque questi eventi abbiano alimentato il fenomeno della comunicazione tra sistemi giuridici, già supportata dai processi di globalizzazione economica, per cui i sistemi giuridici nazionali non possono più considerarsi (se mai lo erano) "*black boxes*" (Twining 2000: 51).

Il dialogo tra Corti sulla base delle carte dei diritti e sulla crescente centralità del diritto costituzionale (delle Costituzioni) nel diritto dalla seconda metà del Novecento ha per il momento un profilo più culturale e ideale che effettivo, mentre la comunicazione tra sistemi giuridici e lo scambio è certamente un fatto concreto ma che, ci pare, affonda le sue radici in quelle esperienze del panorama giuridico che più dichiaratamente si sono sviluppate come dispositivi strumentali alla esaltazione delle logiche economiche. In questi fenomeni emerge un tratto che sta proprio in essenziale connessione con la loro subalternità ai meccanismi dell'economia, la messa ai margini della natura pubblica della regolazione delle relazioni sociali; la privatizzazione del diritto.

3. *L'eclissi della pubblicità del diritto*

Se un connotato ha acquistato importanza negli ultimi decenni, sospinto dalla forza 'incontenibile' della globalizzazione dell'economia, è quello della riduzione dello spazio della politica nella determinazione delle regole di azione degli individui e la parallela crescita del ruolo degli attori privati (ma essenzialmente dei soggetti imprenditoriali) nella definizione di esse. La privatizzazione del diritto o de-pubblicizzazione (come la si è chiamata altrove) è forse il vero fattore innovativo nella fenomenologia giuridica di questi anni. A sfidare l'equazione diritto=Stato non sono state in realtà le norme prodotte da istituzioni sovranazionali che, come abbiām detto, presentano una configurazione 'amorfa' e a oggi poco efficace, ma istituti normativi la cui caratteristica è quella di mettere in discussione la separa-

zione tra sfera pubblica e sfera privata, nella produzione di norme giuridiche e nella regolazione del rapporto tra istituzioni pubbliche (autorità politica) e soggetti privati (economici). Ci riferiamo qui a un complesso di fenomeni che stanno incidendo, questi sì in modo non trascurabile, su alcuni elementi strutturali della teoria giuridica e dell'esperienza istituzionale ereditata: la centralità della legge come fonte del diritto, la separazione tra diritto pubblico e diritto privato e, connessa con la prima, la separazione funzionale dei poteri dell'apparato statale (esecutivo, legislativo e giudiziario). L'incrinatura di questi dogmi del pensiero politico moderno è riconducibile a un generale processo di ridimensionamento della politica (dello spazio pubblico) come luogo di definizione delle decisioni con esiti normativi o amministrativi che è possibile rilevare nelle prassi politiche e sociali degli ultimi due decenni. Ci riferiamo a quel complesso di processi decisionali o di pratiche amministrative che secondo una politologia molto diffusa si sarebbero affermate negli ultimi vent'anni, dietro la spinta della nuova conformazione a rete delle relazioni sociali e della sovversione della centralità delle istituzioni dell'apparato statale nel governo dei processi collettivi.

Questi nuovi meccanismi decisionali e normativi, che la scienza politica indica con il termine *governance*, sarebbero la conseguenza dell'aumento della complessità delle nostre società, che ha provocato una crescente ineffettualità delle azioni di governo da parte delle istituzioni politiche e dello spiazzamento delle agenzie politiche dello Stato che l'affermarsi delle dinamiche mercantili, avvenuto a partire dagli anni Settanta e compiuto con l'attuale fase di integrazione globale, ha causato (Kooiman 2003). Ci troviamo, secondo le numerose analisi che teorizzano l'imporsi di questo nuovo paradigma politico, dinanzi alla conseguenza dello sfaldamento dell'organizzazione giuridico-amministrativa dello Stato che si scompone in una pluralità di rapporti di cooperazione o coordinazione con agenti pubblici (governativi) sub-nazionali o sovra-nazionali ma soprattutto con enti e attori di natura privata.

L'immagine della rete come metafora dell'insieme delle connessioni tra autorità pubbliche e tra esse e società civile sostituisce quella della piramide o, comunque, quella di una 'costruzione'(/struttura) verticale, perché sarebbe venuta meno la capacità degli organi pubblici di deliberare scopi e perseguire obiettivi (insomma di fare politica, nell'interesse generale) senza incorporare nelle proprie attività, più di prima, i soggetti (titolari) degli interessi privati, economici o di altra natura (diciamo, genericamente collettivi). Il perno teorico su cui si basa questa ricostruzione è la tesi della fine della gerarchia come principio costitutivo delle dinamiche di organizzazione delle collettività e, quindi, non solo del declino della sovranità dello Stato-Nazione ma delle istituzioni pubbliche/rappresentative/autoritative in

genere (Ferrarese 2010). Il concetto di *governance* viene assunto come contenitore/indicatore di un insieme di pratiche politiche e regolative che avrebbero gradualmente e parzialmente rimpiazzato nel corso degli ultimi decenni i dispositivi dello Stato di diritto parlamentare (incardinato sulla rappresentanza politica e sulla legislazione), lungo un processo evolutivo che ha registrato una crescente turbolenza sociale (ipercomplessità dovuta all'incremento delle logiche sociali moderne con la loro intrinseca potenza disordinante), che nei processi di integrazione globale avrebbe raggiunto l'ultimo stadio (Bevir 2012; Kjær 2006). Gerry Stoker in questi termini definisce la funzione concettuale svolta dal termine *governance* (Stoker 1998) che, secondo un'altra definizione, comprende prassi articolate con questi connotati: un modo di gestione di affari complessi, che si fonda sulla convinzione che gli affari pubblici possono esser gestiti come quelli privati con il ruolo tutt'al più di intermediazione delle agenzie governative, che dovrebbero consentire alle razionalità di tipo strumentale degli attori sociali di raggiungere assetti secondo la tendenza all'equilibrio e al coordinamento che sarebbe tipica dell'agire economico, tra soggetti in posizione paritaria senza alcuna distinzione tra qualità pubblica e privata degli attori e quindi senza delegare poteri a organi rappresentativi, in un processo decisionale sempre aperto che consente la revisione dell'equilibrio/coordinamento raggiunto, per la natura negoziale piuttosto che deliberativa delle decisioni prese, perché queste sono sempre relative a questioni settoriali e non a definizioni dell'interesse pubblico, per cui la forma normativa adeguata è più vicina al codice di autoregolamentazione che alle norme imperative prodotte da un'autorità sovra-ordinata (Hermet & Kazancigil 2005: 8-10). Non è solo la centralità della forma giuridica statale che viene messa in discussione ma, come detto, categorie ancora più essenziali del pensiero politico moderno: la distinzione giuridica e istituzionale tra pubblico e privato, la natura pubblica del diritto, la gerarchia delle fonti normative e delle istituzioni politiche¹.

Le pratiche giuridiche che esibiscono più nitidamente queste caratteristiche e che paiono quelle maggiormente efficaci nell'innovare l'esperienza giuridica sono proprio accostate nella letteratura scientifica alla nuova modalità di formazione di decisione che abbiamo appena definito come *governance* e ciò, ovviamente, non a caso ma proprio perché parti di un insieme di prassi di trasformazione delle dinamiche di costruzione di assetti normativi e di equilibri sociali. Le manifestazioni giuridiche a cui ci riferiamo so-

¹ Nella cultura giuridica gran spazio ha ricevuto la riflessione di Natalino Irti, contenuta ad esempio in Irti (2001). Si veda almeno Slaughter (2004) e Cassese (2006) Una lettura che muove dall'analisi del mutamento nella vita delle persone si trova in Albrow (1997).

no essenzialmente due: il nuovo *ius mercatorum* e il proliferare degli organismi amministrativi indipendenti (le *authority*). Entrambe le modalità esprimerebbero la spinta verso l'universalizzazione ed omogeneizzazione dell'esperienza giuridica ai nostri giorni, come effetto di meccanismi economici, culturali e politici determinati dalle nuove tecnologie e inarrestabili. Come è noto, con *lex mercatoria* ci si riferisce a un fenomeno attuale proprio degli affari commerciali internazionali, la costruzione di un sistema giuridico universale dei commerci, che ricorda l'esperienza degli usi e delle pratiche commerciali risalente al basso medioevo che costituì una sfera di regolamentazione dei traffici mercantili ultrafrontalieri riservata solo agli operatori del commercio (uno *ius mercatorum* appunto). La nuova *lex mercatoria* è in verità la manifestazione più eclatante del processo di globalizzazione del diritto ed è, anzi, il punto più avanzato di quel processo. Quando i giuristi (e non solo) parlano di omogeneizzazione degli orizzonti del diritto, sotto la spinta delle forze economiche e delle reti telematiche che unificano l'umanità (negli stili di vita e nelle esigenze), essi pensano spesso a questo regime transnazionale di regolazione delle relazioni imprenditoriali. La nuova *lex mercatoria* è finora la faccia più delineata, più concreta, del diritto globale². Lo stesso concetto di "diritto transnazionale", cioè di un diritto slegato da ogni radicamento nei requisiti di legittimità e di efficacia della statualità, sembra potersi compiutamente formulare solo per questa forma di diritto privato tra soggetti imprenditoriali operanti sullo scenario mercantile mondiale³. La figura delle autorità/agenzie amministrative indipendenti sempre più diffusa negli ultimi decenni, sul modello della regolazione della concorrenza mercantile sviluppato negli Stati Uniti, mette ancora una volta in campo un'idea della regola giuridica, cioè del rapporto tra diritto e ordine delle relazioni umane, che ne delinea la funzionalità non solo alla tutela bensì alla promozione dell'economia di mercato. In questi organismi 'custodi' della dinamica concorrenziale si incorpora una concezione della struttura(zione) giuridica che ha come obiettivo regolativo-costruttivo un tipo di assetto delle relazioni economiche definito: l'ordine sociale mercantile.

Per chi sottolinea la stretta relazione tra meccanismi regolativi del tipo delle *authority* (affidati a tecnici e non a politici) e l'idea di *governance* come nuova forma del governo collettivo (Moreau Defarges 2003-2008) essi, insieme alla fenomenologia del diritto commerciale transnazionale

² Cfr. Galgano (2005) e Ferrari (2005).

³ Sono inserite in un'ampia mappografia delle istituzioni globali/transnazionali le considerazioni che sul nuovo diritto commerciale globale fa Boaventura de Sousa Santos, nella sua poderosa opera del 2002 (Santos 2002: 208 e ss) Si veda anche Ferrarese (2010) e Teubner (2005).

‘spontaneo’, appaiono facilmente come parte di un processo di trasformazione del rapporto tra economia e diritto (e politica, del diritto) che istituisce la subalternità della regolamentazione istituzionale e politica alla logica dell’idea di giustizia intrinseca all’equilibrio determinato dai flussi commerciali e capitalistici⁴.

4. *La governance come paradigma della liquidità del giuridico*

A questo punto, per finire con questa rapida ricostruzione dei fattori di innovazione che nella sfera della normatività giuridica si sono verificate e impegnano la dottrina da qualche decennio, ci pare fruttuoso prendere in considerazione il fenomeno ampiamente studiato e discusso dai giuristi della montante importanza dell’attività giurisprudenziale nella pratica giuridica sia come diretta fonte di produzione che come attività di armonizzazione del materiale normativo esistente, in un modo che ne colga l’aspetto omogeneo ai fenomeni appena richiamati, che contrassegnano una incrementata funzionalità della forma giuridica alle razionalità economiche.

Piuttosto che enfatizzare un’azione di omogeneizzazione giuridica e di cosmopolitismo di principi che consentirebbero di intravedere una universalizzazione del patrimonio costituzionalistico del Novecento (essenzialmente il riconoscimento dei diritti fondamentali e di valori quali la democrazia e l’eguaglianza), attività questa che ci pare ancora troppo evanescente e irrealistica, la ‘giurisdizionalizzazione’ del diritto può esser riconosciuta, come suggerisce Maria Rosaria Ferrarese, come parte di quella tendenza contemporanea della normatività giuridica a prestarsi alle logiche degli interessi privati e a far parte a pieno titolo del dispositivo della *governance* e ciò per la propria efficacia e idoneità a produrre “regime”, a realizzare ordine. Ciò che fa della sfera giudiziaria nuovamente, come in altre epoche del diritto, il fulcro dell’amministrazione della produzione normativa è la sua predisposizione pratica alla soluzione del conflitto concreto. Ma qui la soluzione è principalmente mediazione tra interessi privati in contrasto che attraverso il soggetto mediatore raggiungono un accordo o un coordinamento. «Il successo del *format* giudiziario è del resto del tutto coerente con la proliferazione di un diritto puntiforme, spesso di natura contrattuale, che produce lungo la sua strada conflitti e disaccordi a cui occorre dare delle soluzioni.» (Ferrarese 2010: 140).

⁴ L’accostamento tra diritto dei commerci transnazionali, *authorities* e *governance* è ovviamente presente in più punti nel ragionamento della Ferrarese ma, tra gli altri, si può vedere anche il ragionamento condotto da Guido Rossi nei suoi ultimi libri.

Ciò che si è diffuso in questi anni è, quindi, non tanto la funzione dei tribunali in sé ma la loro logica della mediazione tra le parti. Così ciò che contrassegna l'espansione delle figure giurisprudenziali non è la capacità di esprimere potere sanzionatorio (le sentenze), ma di esercitare azione di arbitrato: da qui anche l'estensione in questi anni di compiti per i giudici ma anche per gli arbitri e per soggetti di mediazione e conciliazione con poteri quasi-giudiziari (Quiroz Vitale 2012). Ciò che consente di definire la giurisdizione come “*governance* giudiziaria” è la nuova compresenza dei privati nel concorrere a produrre le norme che li regolano. Ancora una volta è l'elemento della privatizzazione di funzioni prettamente politico/pubbliche nell'età moderna che rileva come profilo dei meccanismi di *governance*.

La variegata congerie delle prassi giuridiche che in qualche modo hanno innovato lo scenario giuridico negli ultimi anni ha per ciò una ‘matrice’ economica netta e incontestabile (Ferrarese 2010: 144). Il nuovo diritto, che invece di chiamare “post-moderno”, “globale” o “transnazionale”, chiameremo ‘liquido’ è rispondente alla (e causato dalla) ricezione politica istituzionale e sociale del principio mercantile come principio organizzativo delle relazioni umane e degli assetti collettivi. I connotati caratterizzanti o comuni alle differenti modalità giuridiche recenti sono più o meno riconducibili alla loro strumentalità (o adesione) alla logica che presiede il dispiegarsi delle relazioni imprenditoriali e commerciali. È nella tendenza a seguire le necessità dell'economia che il diritto trova le ragioni delle sue metamorfosi attuali (Catania 2008: 3-4).

I tre ‘dispositivi’ giuridici che abbiamo sinteticamente richiamato, hanno in comune, nel loro funzionamento o nella loro fisionomia, la messa in revoca di tratti costitutivi della politica moderna, statale e fondata sul modello della divisione dei poteri istituzionali. Contrastano con il principio sostanziale all'ordine politico moderno della territorialità definita dell'autorità politica, potestà esclusiva in uno spazio delimitato da frontiere (il principio della sovranità statale come delineato dalla teoria del diritto pubblico). Contrastano con la dimensione pubblica/statuale del diritto e dell'autorità a produrre norme giuridiche. Mettono in crisi il modello di organizzazione dei poteri pubblici pensato dal pensiero illuministico e garantista del Settecento e mettono in crisi il nesso tra creazione giuridica e democrazia, confezionato dai meccanismi della rappresentanza politica e della tendenziale coincidenza tra fonte legislativa e regolamentazione sociale⁵. Diversamente dalle molteplici analisi che hanno insistito sulle potenzialità democratiche della fenomenologia della *governance* – salutata o teorizzata

⁵ I caratteri dell'illuminismo giuridico sono enucleati magistralmente da Luigi Ferrajoli in Ferrajoli (1990). In questo volume ormai celebre il garantismo giuridico è ricostruito come l'essenza filosofica e politica del razionalismo istituzionale moderno.

come la frantumazione dei luoghi della decisione (della centralizzazione) politica a vantaggio di una maggiore partecipazione dei cittadini e permeabile alla natura sempre più composita e cangiante del tessuto sociale – le varie prassi che sono state ricondotte a questo paradigma si sono caratterizzate per essere canali procedurali di apertura agli interessi privati nella definizione di assetti regolativi o di coordinamento tra agenzie pubbliche ed economiche, con un elemento costante, quello della riduzione della mediazione politica. Sotto questo profilo appare esemplare richiamare la teoria riflessiva di Gunther Teubner, che François Ost e Michel van de Kerchove indicano proprio come quella che si offre meglio per spiegare le trasformazioni che in questi ultimi decenni devono esser registrate nel panorama della produzione giuridica e che si connotano principalmente per essere forme di autoregolazione delle autonome sfere sociali, sempre meno determinate da organi politici e tutt'al più derivanti da organismi tecnici (*authorities* e autorità giurisdizionali). Legittimati dalla loro funzione tecnica (o rispetto alle regole intrinseche al funzionamento della concorrenza mercantile o rispetto al sapere giuridico) (Ost & van de Kerchove 2002: 109-111).

L'approccio "procedurale-riflessivo" di Teubner, partendo dalla constatazione dell'inefficacia dell'agire di governo e dell'evanescenza dello strumento giuridico, che già negli anni '80 pareva non far presa sugli attori sociali o soffocare i processi intersoggettivi del "mondo della vita" colonizzandolo, si proponeva di abbandonare la dimensione progettuale, persino di indirizzo, dell'azione politico/statuale, alleggerendo il diritto da "sovraccarichi" strumentali inadatti alla realtà sempre più differenziata dei sistemi sociali moderni (Teubner 1997). Il problema in questi termini consisteva nel presupporre compatibili la razionalità politica finalizzata e le razionalità parziali, proprie di ogni singolo sottosistema. In particolare, la razionalità propria del sistema politico (e della finalità insita nello Stato sociale) e quella del sottosistema economico, in relazione sempre maggiore con la sua dimensione extranazionale⁶. La proposta della teoria auto-poietica consiste nel ritenere che la forma giuridica debba assumere un compito di connessione tra le varie sfere autonome dell'agire; concependo delle linee molto generali di coordinamento e lasciando alle risorse normative proprie di ciascun sottosistema il ruolo principale della regolazione.

Si tratta di una concezione del diritto e della sua funzione sociale che mostra tratti di notevole similitudine con quelle che sembrano essere le connotazioni giuridiche della prassi di coordinamento e presa delle decisioni definita *governance*. Cioè con quelle che sono indicate come le modalità

⁶ Un'analisi di questo dibattito in Habermas (1990).

giuridiche dei nuovi processi di ‘governo’⁷. La struttura normativa delle dinamiche di *governance* è ripetutamente prospettata come insieme di procedure connettive, che consentono (perché regolano la modalità con cui possono entrare in contatto) ai soggetti coinvolti nella questione rispetto alla quale decidere di addivenire a un coordinamento o accordo tra i propri interessi. Queste modalità di coordinamento invece, come abbiām detto, si svelano essere essenzialmente un’attività dietro cui si maschera l’impossibilità di respingere le determinazioni giuridiche di un assetto che è politicamente deciso (Mattei & Nader 2008). Per cui, dietro un apparente velo costituzionalistico/normativo, alle istituzioni pubbliche si riserva la mera funzione di regolatore dei processi del mercato planetario. Il diritto come strumento disponibile sembra essere ciò che rimane dalla accettazione di una normatività la cui modalità di produzione è rimessa a un’ indefinita pluralità di soggetti, salvando di essa la funzione razionalizzante che è serbata dall’essere la forma quantomeno qualcosa da cui deve passare il fatto creatore di norma (Irti 2007). Queste conclusioni e queste osservazioni critiche trovano conferma negli approdi teorico-giuridici di Gunther Teubner, che sviluppando quelle avanzate già tre decenni fa, teorizza negli ultimi anni che gli odierni “regimi privati” si auto-validano, al di fuori delle istituzioni pubbliche.

The recurrent doubts cannot be silenced any more; they explode in the case of *lex mercatoria* and other practices of ‘private’ global norm production. The difference between a highly globalized economy and a weakly globalized politics is pressing for the emergence of a global law that has no legislation, no political constitution and no politically ordered hierarchy of norms which could keep the paradox of self-validation latent. This makes it necessary to rethink the traditional doctrine of sources of law. When the frame of rule hierarchy, with constitutionally legitimated political legislation at its top breaks under the pressures of globalization, then the new frame which replaces it can only be heterarchical.⁸

In questa prospettiva, la proposta di una cornice costituzionale globale che costituisca uno sfondo minimale di principi di giustizia comune e di riferimento strutturante per gli ordini giuridici dei sistemi (sottosistemi rispetto a un sistema mondiale) auto-poietici, ormai ‘distesisi’ sul pianeta, risulta inevitabilmente alquanto ambigua. La lettura funzionalistica che Teubner ne dà, rileggendo la stessa globalizzazione come una trasformazione in senso funzionalistico delle dinamiche di organizzazione delle società, le cui logiche sottosistemiche si sarebbero espanse oltre le angustie degli spazi nazionali, destituisce di ogni pertinenza morale il costituzionali-

⁷ Ci si riferisce in particolare alla disamina della Ferrarese (2010) ma anche a quella di Gaudin (1999).

⁸ Teubner (1997: XIII-XIV).

simo cosmopolitico (nella versione del teorico tedesco ma anche in quella di molti altri) (Teubner 1997: 5). La concezione funzionalistica, secondo cui si spiega l'auto-nomia regolativa dei sistemi di azione, stride con la materializzazione del diritto universale coincidente con i valori delle Costituzioni contemporanee e rilancia estremisticamente l'ipotesi della differenziazione sociale moderna, secondo cui si afferma l'auto-referenzialità dell'economico.

Si prospetta un ruolo per le strutture giuridiche che occulta l'elemento concreto del potere, essenza del fenomeno giuridico e che disconosce il valore della pubblicità/politicità delle istituzioni del diritto. In verità, così spiegati e teorizzati, questi scenari contemporanei paiono inverare pienamente, tutt'al più parossisticamente, lo scopo che è stato assegnato al diritto nella società moderna (dalla teoria politica della Modernità). Piuttosto che temere uno snaturamento della dimensione strumentale del diritto moderno e della sua vocazione ordinante, nella misura in cui si sta teorizzando una massiccia delega ai privati della definizione dei contenuti di norme che regolano i loro rapporti e le loro interazioni, si può registrare una tensione alla diluizione dei poteri normativi come meccanismo di ulteriore neutralizzazione della conflittualità politica delle controversie sociali. Un esito, questo dell'effetto neutralizzante, che perpetua in realtà la *ratio* fondamentale dell'architettura istituzionale moderna e la struttura profonda del pensiero sociale della Modernità (Galli 1996). Dove la figura dell'autorità statale ha costituito un artificio di unità, ha consolidato cioè l'equilibrio della collettività, svolgendo la sua funzione di garanzia dell'ordine sociale con al centro il principio dell'accumulazione privata, soffocando il conflitto oltre che con la forza con la mistica del "corpo" della nazione⁹.

5. *Lo scheletro del Moderno*

Le forme nuove della pratica giuridica possono esser assimilate, per quanto detto, alla metafora della liquidità. Il diritto attuale nelle sue articolazioni più recenti e sviluppando dispositivi in esso intimamente contenuti è un diritto "liquido" ma non perché è aperto alla mutabilità e alla contingenza, poiché queste costituiscono, in realtà, la stessa matrice originaria del diritto nell'epoca moderna, ma perché esso si mostra permeabile ancor più che in precedenza agli imperativi dell'agire economico. I tratti *soft* e 'negoziali' che sempre più caratterizzano la giuridicità degli ultimi decenni, quei

⁹ Pagine molto belle son dedicate da Hardt & Negri (2000) a questa dinamica profonda del pensiero politico moderno. Così come ricche e intense le riflessioni su questo meccanismo occultante della teoria politica dello Stato sono quelle di Juan-Ramón Capella (2007).

tratti che a vario titolo puntellano l'esperienza giuridica contemporanea, in questa prospettiva assumono nitidamente le sembianze di connotati funzionali a una concezione della regolamentazione giuridica intimamente strumentale all'assoluta emancipazione dell'autonomia privata (dei privati, sebbene principalmente sul piano commerciale) da vincoli e obblighi decisi nella e dalla sfera pubblica. Sebbene, a ben guardare gli ultimi trent'anni della storia delle società di mercato (e del sistema capitalistico mondiale), si potrebbe paradossalmente dire che la presenza della connotazione *soft* come carattere dominante della regolamentazione giuridica risulta parecchio ambigua¹⁰. Il diritto privato degli ultimi decenni, piuttosto che segnalarsi per una funzionale scoloritura prescrittiva a vantaggio della libertà di scambio, 'esplicita' la necessità di normazione penetrante, allo scopo di strutturare l'economia di mercato imperniata sul principio della concorrenza (Nívarra 2010: 82 ss).

Così come il complesso di attività (politiche/sociali/amministrative) che vengono fatte rientrare nella categoria, così invadente in questi anni, della *governance* piuttosto che rappresentare un'evoluzione in senso democratico ed emancipatorio delle pratiche di definizione di norme o delle azioni amministrative consiste in trasformazioni istituzionali con esiti innegabilmente spolitizzanti. Il discorso (teorico-)politico che ruota intorno al concetto di *governance* non solo 'contiene' una fusione tra economia e politica, a vantaggio della prima, uno scioglimento della funzione normativa del politico nella presunta autonomia del privato-economico, ma paradossalmente sembra realizzare una svalutazione progressiva della rappresentanza politica. Del meccanismo attraverso cui si è organizzata la politica democratica di massa e si è strutturato l'intero spazio pubblico nell'esperienza politica moderna (Urbinati 2010), quando esso si è aperto del tutto alla sovranità popolare.

Le procedure di *governance* sono 'apprestate' per superare la concentrazione del potere politico (degli organi rappresentativi/elettivi) nel creare le norme e la centralità dell'ordinamento giuridico nel determinare i vincoli all'agire, perché i 'nuovi' processi economici 'richiedono' velocità ed elasticità delle procedure decisionali e 'flessibilità' delle griglie regolative. Se, come l'analisi della fenomenologia dei processi e delle modalità della *governance* ha evidenziato, essi hanno il proprio connotato principale nella efficacia concertativa, cioè nella capacità di creare un piano di coordinamento tra attori sociali, è indubbio che essi si comprendono come parte del-

¹⁰ Tre eterogenei contributi alla focalizzazione di questo elemento trainante delle dinamiche globali vengono da James Kenneth Galbraith, Naomi Klein e David Harvey ma la necessità della presenza incisiva della regolazione giuridica e dello Stato è ribadita da molti analisti, anche meno polemici verso le varie versioni del liberalismo economico.

la generale tendenza culturale e politica che vede l'agire economico guadagnare terreno e indipendenza rispetto alla sfera delle istituzioni politiche. Se la caratteristica delle forme di gestione e coordinamento proprie della *governance* è l'efficacia, come capacità di realizzare ordine, questa è costitutivamente funzionale alle dinamiche economiche e imprenditoriali. Non è utile mettere in secondo piano il fatto che i meccanismi di *governance* si sviluppino dentro una cornice politica che ha il suo fulcro nei processi di privatizzazione liberalizzazione e *deregulation* (Held 2004: 85), per assecondare le logiche imprenditoriali, con la riduzione del potere politico (della mediazione governativa) sulle dinamiche mercantili, ciò è accaduto sia sul piano nazionale che su quello sovranazionale (Kjær 2006).

Certo è che se assumiamo che le dinamiche di *governance* sono quelle nelle quali si è dipanata via via l'attività politico-istituzionale e, cioè, se con questo concetto è possibile identificare in buona sostanza l'agire politico-amministrativo contemporaneo, poiché tutte le sfere di governo o di regolamentazione sarebbero state trasformate in questa direzione dai mutamenti dell'ambiente sociale, allora è corretto e utile evidenziare che l'ordine politico contemporaneo si poggia oltre che sulle reti di *governance* sulla politica dell'emergenza. A segnare la realtà sociale e istituzionale in questi anni non è stata (almeno non più) solo l'estensione inarrestabile delle correnti economiche e culturali globalizzanti ma una crescente dimensione di 'emergenzialità' e paura che ha reso sempre più soggette alla logica dello "stato d'eccezione" le azioni di governo e l'attività di produzione delle norme giuridiche. I fattori più incisivi del mondo nell'ultimo decennio sono il disordine internazionale, per quanto riguarda l'utilizzo della forza militare e il rispetto dei confini statali e il ricorso alla retorica dell'emergenza nella giustificazione delle decisioni politiche dei governi; fenomeni che è difficile non comprendere a questo punto come strategie di giustificazione della persistente narrazione della globalizzazione e delle politiche economiche che provocano l'aumento della disuguaglianza e della concentrazione della ricchezza. Insomma, guardando panoramicamente gli eventi degli ultimi anni, la dimensione politica e giuridica pare esser ricostruibile come il combinato disposto di due dispositivi politici, di governo e, potremmo dire chiamando in causa Foucault, di "governamentalità": la *governance* economica, cioè un'azione di governo dell'economia che si pone solo come garante e protettrice della libera concorrenza, e un governo della forza in cui la violenza si mostra come l'attributo fondamentale delle istituzioni amministrative e degli apparati pubblici. La realtà attuale sembra esibire la *silhouette* della struttura dell'ordine sociale costruito nella Modernità.

Ecco che ci troviamo di fronte alla questione dello spazio, del territorio e dei confini. Parte del discorso sulla crisi della sovranità politica insiste

sulla fine della spazialità, come definizione di ambiti di governo e di amministrazione delle relazioni umane e sulla innegabile avvenuta separazione tra potere politico e territorio, poiché i flussi globali, i movimenti che contraddistinguono il nostro tempo, renderebbero impossibile il controllo sulle persone e sulle cose che gli apparati statali hanno esercitato in passato. Questa tesi, sostenuta dallo stesso Bauman, quando dice che se c'è una differenza tra la politica presente e quella che abbiamo alle spalle consiste nella fine della centralità dei perimetri e che su questo aspetto la Modernità è mutata, oppure la tesi sostenuta con vigore da Ulrich Beck (Beck 2003) sulla necessità di superare lo sguardo metodologico nazional-centrico, non convincono del tutto. È indubbio che le frontiere e le barriere sono oggi molto labili per le idee, le informazioni, le merci i capitali e, aspetto giuridicamente e socialmente ancor più cardinale, per le imprese (per la loro organizzazione aziendale) ma Bauman stesso ci insegna che ciò vale poco per gli esseri umani. O meglio, vale solo per quella che Bauman chiama classe globale (Bauman 1998). Il potere si esercita ancora oggi sui territori e sulle persone, in carne e ossa. Il potere si esercita sui corpi e per far questo si serve dei territori e si serve di confini e limitazioni. Se vogliamo, nuovamente, qui vediamo la scheletrica funzione dell'organizzazione della forza e l'attributo finale (originario, minimale, essenziale) della sovranità politica, che è ancora oggi primariamente sovranità statale. Sembra utile richiamare il ragionamento che Arjun Appadurai ha fatto proprio negli anni dell'affermazione della sociologia della globalizzazione e che riassume i temi essenziali del discorso che ha teso a liquidare troppo frettolosamente il ruolo delle formazioni statali.

Il discorso di Appadurai (Appadurai 1996) è importante per il rilievo che dà alla modalità con cui i processi simbolici/culturali sono oggi in atto determinando modalità di costruzione delle identità assolutamente caotiche e molto più complesse di prima. Dinamiche che possono essere indicate con il concetto efficace di "sfere pubbliche diasporiche", ben escogitato da Appadurai per cogliere l'eterogeneità della formazione contemporanea di contesti di opinione e di elaborazione del senso (individuale e collettivo). Queste sfere pubbliche non coincidono con lo spazio statale. Per Appadurai la globalizzazione è un fenomeno legato soprattutto a migrazioni di massa e tecnologie che determinano una nuova maniera di costruire la propria identità da parte di ciascuno e da parte delle collettività. Ciò ha causato l'obsolescenza dello Stato-nazione nel 'contenere' la vita sociale contemporanea. Cultura, identità etniche, riproduzione culturale di un dato contesto o di una data tradizione sono da qualche decennio tutti campi di attività umana complicati dalla diffusione di mezzi di riproduzione culturale innovativi e potenti che hanno determinato una singolarizzazione inedita del

processo di costruzione dell'identità e che associati ai fenomeni di intensificazione della deterritorializzazione, politica e sociale, hanno mutato in profondità le dinamiche di formazione delle identità politiche e della spazialità politica. Secondo Appadurai, il nesso tra identità e Stato (attraverso la mediazione della Nazione) è venuto meno, o sta venendo meno, e i processi di riproduzione culturale, cioè di identificazione (di rappresentazione del sé e costruzione di un'idea del mondo), sono sempre più caotici e singolarizzati poiché attraverso un crescente ruolo dell'immaginazione ciascun individuo ha la possibilità di costruirsi la propria idea di sé e della realtà disgiuntamente dal contesto spaziale (territoriale e sociale) in cui si trova. Questo significherebbe una sempre minore rilevanza della sfera politica, almeno sotto il profilo della costruzione di identità, per cui i fenomeni di lealtà e consenso sono sempre meno realistici nella dimensione politica e sempre meno attivabili dalle istituzioni giuridico-politiche. Insomma, a causa di tali fenomeni i meccanismi di disciplinamento politico e la dimensione del disciplinamento giuridico sarebbero sempre più inefficaci.

È necessario dar rilievo, nell'osservazione dei processi sociali, al fatto che la produzione dell'identità non è in sé connessa con una configurazione statale né con una tradizione nazionale, così come gli Stati non possono più essere concepiti con disinvoltura come Nazioni e così gli etnografi devono, per continuare a svolgere una funzione d'analisi dei processi culturali, guardare a come si intrecciano le spazialità, i contesti locali, con i flussi simbolici transnazionali (non legati al territorio); quei flussi per cui le individualità possono immaginare proprie prospettive esistenziali utilizzando risorse di senso che non hanno un nesso con il luogo in cui vivono (Appadurai 1996: 78-79). Queste 'avventure' identitarie, che hanno nell'immaginazione una risorsa di nuova emersione, consentono tra l'altro a ciascun soggetto di emanciparsi almeno potenzialmente dalle condizioni di vita in cui si trova (poiché oggi è possibile pensare di trasformare la propria vita in tante differenti possibilità a cui l'immaginario di ciascuno ha accesso attraverso il flusso continuo di immagini e modelli). Tutto ciò considerato, non si vede perché questa indubbia complicazione della fenomenologia sociale, almeno per quanto riguarda le dinamiche di strutturazione delle identità e i processi di circolazione delle idee e delle risorse simboliche, consenta di dire che le dinamiche politiche siano ormai sconnesse con i processi culturali, oppure che le istituzioni statali non hanno più presa sulla realtà. Gli eventi degli ultimi anni, al contrario, testimoniano di una esaltazione della qualità coercitiva dello Stato, confermando la centralità del territorio come spazio definito dell'esercizio del potere.

La funzione normativa propria del diritto è e rimane ancorata nella capacità coercitiva e questa, indifferentemente dai processi migratori, dalla dia-

sporicità dei processi di identificazione contemporanei, dalla fluidità delle attività imprenditoriali, ha nella territorialità e nella spazialità un suo pilastro ineliminabile (almeno ancor oggi). Al di là dei movimenti delle persone, dei capitali, delle imprese, delle merci, dei prodotti, delle notizie e delle idee la funzione giuridica continua a essere esercitata da un'autorità che ha sede in qualche posto e ha una specifica giurisdizione (intesa qui in senso lato) che pertiene a uno specifico territorio o spazio, quantomeno relazionale. Anche quando le autorità territoriali, statali, sono etero-dirette da istituzioni extranazionali esse sono necessarie come agenzie territoriali.

In conclusione pare possibile dire che quello che si viene teorizzando come diritto "orizzontalmente" prodotto dalle dinamiche della società civile, o dagli intrecci di questa con istituzioni pubbliche, piuttosto che sembrare una nuova forma di ordine e di normatività rispetto al paradigma politico moderno sembrerebbe esserne l'inveramento estremo. Per lo meno l'inveramento della sua matrice filosofica e valoriale portante, che della libertà individuale declinata come "calcolante" ed "economica" ha fatto il significato storico e metafisico dell'epoca moderna. In questa direttrice profonda del progetto moderno, come progetto di emancipazione, risiede allo stesso tempo l'origine aporetica e abissale dell'ordine dell'esistenza che la rivoluzione moderna ha posto. Una direttrice sempre in tensione, vista la sua radicalità ontologica e metafisica (la priorità data alla libertà soggettiva, anche per l'antropologia egoistica e razionalistica che la sostanzia), con il 'principio' ordinante e pacificatore costituito dallo Stato (Habermas 1992). Quando ci viene ricordato il carattere di mera tecnica, di strumento, per la coesistenza degli interessi soggettivi,¹¹ ci viene prospettata ancora una volta un'idea del diritto che rinvia all'essenza del diritto moderno (Barcellona 1994, 2003). Mera tecnica di pacificazione sociale e di neutralizzazione di una conflittualità sempre potenzialmente distruttiva, in quanto derivante dall'assoluto riconoscimento della libertà di agire per i propri interessi da parte dei soggetti privati. Una libertà che è possibile contenere solo dando spazio ideologico (culturale), politico, giuridico al grande presupposto della Modernità tutta, la mondanità socialità e artificialità degli assetti umani. La consapevolezza di codesta condizione può esser affrontata con la sfrontatezza del soggetto chiuso in sé stesso o con l'intelligenza che l'unico significato accessibile all'esperienza umana ha a che fare con la collettiva opera

¹¹ "L'aver scelto una prospettiva metodologica che definisce la norma uno schema di conoscenza e comunicazione della decisione, che la pone in essere al fine di orientare le decisioni e i comportamenti di coloro che la riconosceranno come diritto, significa assumere pienamente il carattere tecnico del diritto e dare assoluto risalto al momento decisionistico che si staglia a monte e a valle della forma normativa" Catania (2008 : 127).

di costruzione, più o meno consapevole, più o meno razionale, di orizzonti di senso condivisi e comuni.

Riferimenti bibliografici

- Agamben, Giorgio, 1995. *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Einaudi.
- , 2003. *Stato d'eccezione: homo sacer II*. Torino: Bollati-Boringhieri.
- Albrow, Martin, 1996-1997. *The Global Age. State and Society Beyond Modernity*. Stanford: Stanford University Press.
- Allard, Julie e Garapon, Antoine, 2005. *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*. Paris: Éditions du Seuil et La République des Idées.
- Appadurai, Arjun, 1996. *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Arienzo, Alessandro, 2013. *La Governance*. Roma: Ediesse.
- Arrighi, Giovanni, [1994] 2003, *The Long Twentieth Century. Money, Power and the Origins of our Times*. Traduzione Italiana. *Il lungo XX secolo. Denaro, potere e le origini del nostro tempo*. Milano: Net/il Saggiatore.
- Badie, Bertrand (1995), *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*. Paris: Fayard.
- Barcellona, Pietro, 1994. *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario*. Torino: Bollati Boringhieri.
- , 1996. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene editore.
- , 1998. *Il declino dello stato*. Bari: Dedalo.
- , 2003. *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*. Bari: Dedalo.
- Battini Stefano (2003), *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*. Milano: Giuffrè.
- Bauman, Zygmunt, 1998. *Globalization. The Human Consequences*. New York: Columbia University Press.
- , 2000. *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity Press.
- , 2002. *Society under Siege*. Cambridge: Polity Press.
- Beck, Ulrich, [1997]1999. *Was ist Globalisierung?* Traduzione Italiana. *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*. Roma: Carocci.
- , 2003. *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca postnazionale*. Bologna: il Mulino.
- Berman, Marshall, 1982. *All That is Solid Melts into Air: The Experience of Modernity*. New York: Simon and Schuster.
- Bevir, Mark, 2012. *Governance. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

- Burgos Silva, Germán, 2009. *Estado de derecho y globalización*. El Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Cantaro, Antonio, 2003. *Europa sovrana. La costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*. Bari: Dedalo.
- Capella, Juan-Ramón, 2007. *Entrada en la barbarie*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carrino, Agostino, 1992. *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*. Napoli: E.S.I. .
- Cassese, Sabino, 2003. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza.
- , 2006. *Oltre lo Stato*. Roma-Bari: Laterza.
- , 2009. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi.
- Castells, Manuel, [1996]2000. *The Rise of the Network Society*. Cambridge (MA)&Oxford(UK): Blackwell.
- Catania, Alfonso, 2008. *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Chevallier, Jacques, 2008. *L'État post-moderne*. Paris: Lextenso editions.
- Ciaramelli, Fabio, 2003. *Lo spazio simbolico della democrazia*. Troina: Città Aperta Edizioni.
- , 2008. *L'immaginario giuridico della democrazia*. Torino: Giappichelli.
- Delmas-Marty, Mireille, 2007. *La Refondation des Pouvoirs. Les forces imaginantes du droit (III)*, Paris: Editions du Seuil.
- Dezalay, Yves, 1992. *Merchants de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationals du droit*. Paris: Librairie Artheme Fayard.
- Estévez Araujo, José Antonio, 2005. *El reverso del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,.
- Ferrajoli, Luigi, 1990. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrarese, Maria Rosaria, 2010. *La governance tra politica e diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Ferrari, Vincenzo, 2005. *Quesiti sociologici sulla lex mercatoria. Sociologia del diritto*, n. 2/3, 7-27.
- Foucault, Michel, [2004] 2005. *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France (1978-1979)*. Traduzione Italiana. *Nascita della biopolitica*. Corso al Collège de France 1977-1978. Milano: Feltrinelli.
- Galgano, Francesco, 2005. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Galli, Carlo, 1988. *Modernità. Categorie e profili critici*. Bologna: il Mulino.
- , 1996. *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*. Bologna: il Mulino.
- , 2001. *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna: Il Mulino,.
- Gaudin, Jean-Pierre, 1999. *Gouverner par contrat. L'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques.
- , 2002. *Pourquoi la gouvernance?* Paris: Presses de Sciences Politiques.

- Giddens, Anthony, [1990] 1994. *The Consequences of Modernity*. Traduzione Italiana. *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*. Bologna: il Mulino.
- Giddens, Anthony, 1999. *Runaway World. How Globalisation is reshaping our Lives*. London: Profile Books.
- Habermas, Jürgen, [1985] 1987. *Der philosophische Diskurs der Moderne: Zwölf Vorlesungen* Traduzione Italiana. *Il discorso filosofico della modernità*. Roma-Bari: Laterza.
- Habermas, Jürgen, [1992]1996. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag. Traduzione italiana. *Fatti e norme*. Milano: Guerini e Associati.
- Hardt, Michael & Antonio, Negri, 2000. *Empire*. Cambridge&London: Harvard University Press.
- Held, David, 1995. *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*. Cambridge: Polity Press.
- , 2004. *Global Covenant. The social democratic alternative to the Washington Consensus*. Cambridge: Cambridge Polity Press.
- Hermet, Guy, Ali Kazacigil & Prud'homme Jean-François, a cura di. *La gouvernance. Un concept et ses applications*, Paris: Éditions Karthala.
- Hirst, Paul Quentin, 1997. *From Statism to Pluralism. Democracy, Civil Society and Global Politics*. London-Bristol: Routledge .
- Hirst, Paul Quentin e Thompson, Grahame F., 1996-1999. *Globalization in Question: The International Economy and the Possibilities of Governance*. Cambridge: Polity Press.
- Hooghe, Leslie & Gary Marks, 2001. *Multi-Level Governance and European Integration*. Lanham-Boulder&New York&Oxford: Rowman & Littlefield Publishers.
- Irti, Natalino, 2001. *Norma e luoghi: problemi di geo-diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- , 2007. *Il salvagente della forma*. Roma-Bari: Laterza.
- Kelsen, Hans, [1960]1990. *Reine Rechtslehre*. Traduzione italiana. *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- Kjær, Anne-Mette, 2006, *Governance*. Cambridge: Polity Press,.
- Kooiman, Jan, 2003. *Governing as Governance*. London: Sage Publications.
- Krasner, Stephen D., 1999. *Sovereignty. Organized Hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press.
- Marramao, Giacomo, 1985. *L'ordine disincantato*. Roma: Editori Riuniti.
- Mattei, Ugo & Laura Nader, 2008. *The Plunder: When the Rule of Law is Illegal*. Malde&Oxford&Victoria: Blackwell Publishing.
- Messina, Giovanni, 2012. *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*. Milano: Franco Angeli.
- Montanari, Bruno, 2013. *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*. Milano: Mimesis.
- Moreau, Defarges Philippe, 2003. *La gouvernance*. Paris: Presses Universitaires de France.

- Nivarra, Luca, 2010. *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Ost, François & Michel van de Kerchove, 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- Pitch, Tamar, 2008. *La società della prevenzione*. Roma: Carocci.
- Preterossi, Geminello, 2002, *Autorità*, Bologna: Il Mulino.
- , 2011. *La politica negata*. Roma-Bari: Laterza.
- Prospero, Michele, 2002. *La politica moderna*, Roma: Carocci.
- Quiroz Vitale, Marco A., 2012. *Diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*. Milano: Giuffrè.
- Robertson, Roland, 1992. *Globalization: Social Theory and Global Culture*. London: Sage.
- Rosenau, James N., 2003. *Distant Proximities: Dynamics beyond Globalization*. Princeton: Princeton University Press.
- Santos de Sousa, Boaventura, 2002. *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, And Emancipation*. East Kilbride: Butterworths.
- Sassen, Saskia, 1996. *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*. New York: Columbia University Press.
- Shapiro, Martin & Sweet Alec Stone, 2002. *On Law, Politics, & Judicialization*. Oxford: Oxford University Press.
- Slaughter, Anne-Marie, 2004. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press.
- Stoker, Gerry, 1998. Governance as Theory: Five Propositions, *International Social Science Journal*, 155, 17-28.
- Strange, Susan, 1997. *The Retreat of the State*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Teubner, Gunther, [1989] 1996. *Recht als autopoietisches System*. Traduzione italiana. *Il diritto come sistema autopoietico*. Milano: Giuffrè.
- , (ed), 1997. *Global Law Without a State*. Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney: Dartmouth.
- , 2005. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando Editore.
- Touraine, Alain, 1992. *Critique de la modernité*. Paris: Fayard.
- Twining, William, 2000. *Globalisation & Legal Theory*. London-Edinburg-Dublin: Butterworths.
- Urbinati, Nadia 2010. *Democrazia rappresentativa. Sovranità e controllo dei poteri*, Roma: Donzelli.
- Viola, Francesco, 2008. *La concorrenza tra gli ordinamenti e il diritto come scelta*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Weiss, Linda, 1998. *The Myth of Powerless State*. Ithaca: Cornell University Press.
- Woods, Ngaire, 2006. *The Globalizers. The IMF, the World Bank and Their Borrowers*. Ithaca: Cornell University Press.

Zolo, Danilo, 2010. *Tramonto globale. La fame, il patibolo, la guerra*. Firenze: Firenze University Press.